

JOSÉ AFONSO DA SILVA

***TEORIA DO
CONHECIMENTO
CONSTITUCIONAL***

TEORIA DO CONHECIMENTO CONSTITUCIONAL

© JOSÉ AFONSO DA SILVA

ISBN: 978-85-392-0245-1

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (11) 3078-7205 — Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br*

Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa
Criação: Vânia L. Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
07.2014

SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE – PROLEGÔMENO A TODO CONHECIMENTO CONSTITUCIONAL

Capítulo 1 – Problematização do Conhecimento Constitucional

1.1 A questão	27
1.2 Dúvida e redução fenomenológica	29
1.3 Objeto da constituição	32
1.4 O Estado	35

Capítulo 2 – Possibilidade do Conhecimento Constitucional

2.1 A questão	36
2.2 Objeto constitucional	37
2.3 Dogmática e dogmatismo constitucional	39
2.4 Cognitivismo ou não cognitivismo constitucional	43
2.5 Relativismo constitucional	45

Capítulo 3 – A Busca, na História, do Conhecimento Constitucional: o Constitucionalismo

3.1 Constitucionalismo e constituição	49
3.2 Constituição como modo de ser de objetos	49
3.3 O Estado	50
3.4 Polis e politeia	52
3.5 Civitas e constitutio	54

3.6 Desagregação estatal	60
3.7 O constitucionalismo	65
3.8 Inspirações do constitucionalismo	66
3.9 Constitucionalismo social	68
3.10 Neoconstitucionalismo	72

SEGUNDA PARTE – ONTOLOGIA CONSTITUCIONAL

TÍTULO I – O SER CONSTITUCIONAL

Capítulo 1 – Constituição

1.1 A constituição escrita	79
1.2 Rigidez e supremacia da constituição	82
1.3 Objeto e conteúdo das constituições	86
1.4 Constituição descritiva e constituição normativa	87
1.5 Constituição dirigente	88
1.6 A Constituição Inglesa	92
1.7 Evolução recente da Constituição Inglesa	96

Capítulo 2 – Concepções sobre a Constituição

2.1 Introdução	99
2.2 Contratualismo e racionalidade constitucional	100
2.3 Racionalismo e idealismo constitucional	114
2.4 Empirismo e realismo constitucionais	119
2.5 Institucionalismo constitucional	133
2.6 Sociologismo constitucional	151
2.7 Constituição em sentido político	156
2.8 Constituição em sentido jurídico	159
2.9 Integralismo constitucional	161
2.10 Concepção da integridade de Dworkin	166

2.11 Conceito estrutural de constituição	167
2.12 Concepção culturalista de constituição	173
2.13 Conclusão	181

Capítulo 3 – Fundamento do Ser Constitucional (Validade)

3.1 Controvérsias sobre o tema	182
3.2 Validade e legitimidade da constituição	195
3.3 “Normas constitucionais inconstitucionais?”	203
3.4 Recapitulação conclusiva	216

Capítulo 4 – O Poder Constituinte Originário

4.1 Questão de ordem	222
4.2 Poder constituinte e constituição	222
4.3 Modernidade do poder constituinte	227
4.4 Natureza do poder constituinte originário	240
4.5 Atuação do poder constituinte	250
4.6 Exercício do poder constituinte	252
4.7 Assembleia Constituinte soberana	254
4.8 Processo constituinte	257
4.9 Convocação da Assembleia Nacional Constituinte	259
4.10 O poder popular e procedimento	260
4.11 Conclusão	263

Capítulo 5 – Defesa da Constituição e Mudança Constitucional

5.1 Pressupostos e conceito	265
5.2 Defesa política da constituição	266
5.3 Defesa jurídica da constituição	268
5.4 Princípio da constitucionalidade	

5.4.1 Conceito e conteúdo	268
5.4.2 Limitações ao poder de reforma constitucional	272
5.4.3 As funções da reforma constitucional	275
5.4.4 Jurisdição constitucional	
5.4.4.1 Introdução	275
5.4.4.2 Sistemas de controle	276
5.4.4.3 Sistema brasileiro	281
5.4.4.4 A Constituição de 1988	283
5.4.4.5 Inconstitucionalidade por omissão	285
5.5 Princípio da proteção dos direitos fundamentais	288
5.6 O princípio democrático	288
5.7 Conclusão	289

Capítulo 6 – Mudanças Constitucionais

6.1 Estabilidade e mudança das constituições	290
6.2 Formas de mudança constitucional	292
6.3 Conceito e fundamento das mutações constitucionais	294
6.4 Tipos de mutações constitucionais	298
6.5 Os atos de complementação constitucional	300
6.6 A interpretação e a construção constitucionais	303
6.7 As práticas político-sociais	306
6.8 Limites das mutações constitucionais	309

Capítulo 7 – Extinção das Constituições

7.1 A vida das constituições	311
7.2 Modos de extinção da constituição	313
7.3 A revolução	316
7.4 Natureza da revolução	320
7.5 Revolução e poder constituinte	322
7.6 Golpe de estado	324
7.7 A guerra civil	327

Título II – ONTOLOGIA DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS**Subtítulo I – Teoria das Regras Constitucionais****Capítulo 1 – O Ser das Regras Constitucionais**

1.1 Premissa	333
1.2 Regras de Direito	334
1.3 Regra e norma	336
1.4 Riscos do pós-positivismo	340
1.5 A doutrina de Alexy e os elementos da constituição	343

Capítulo 2 – Regras dos Jogos e Regras Constitucionais

2.1 Introdução	345
2.2 Regras dos jogos: Searle, Ross e Raz	348
2.3 Regras dos jogos: Gregorio Robles	351
2.4 Âmbito espacial dos jogos e do Direito	352
2.5 Os três tipos de regras	355
2.6 Regras de direito constitucional	357
2.7 A classificação de Duguit	358
2.8 A tipologia de Luís Roberto Barroso	359
2.9 Espécies de normas constitucionais de Celso Antônio Bandeira de Mello	360
2.10 Três tipos de regras constitucionais	361

Capítulo 3 – Regras Constitucionais Ônticas

3.1 Conceitos	363
3.2 Espaço ôntico do jogo constitucional	364
3.3 As peças ônticas do poder estatal	366
3.4 Regras que conferem poderes	367
3.5 Regras de competência	369

3.6 Natureza das regras de competência	375
3.7 Regras de competência e regras permissivas	381
3.8 Cumprimento das regras ônticas	386
3.9 Conclusão	386

Capítulo 4 – Regras Constitucionais de Procedimento

4.1 Introdução	387
4.2 Regras constitucionais de procedimento	388
4.3 Procedimentos imanentes e dirimentes	388
4.4 Procedimentos jurisdicionais	389
4.5 Procedimentos do Poder Executivo	391
4.6 Procedimentos do Poder Legislativo	406
4.7 Procedimento das emendas constitucionais	410
4.8 Procedimentos de formação das leis orçamentárias	415
4.9 Responsabilidade do Presidente da República	418
4.10 Natureza das regras de procedimento	421
4.11 Cumprimento das regras de procedimento	422

Capítulo 5 – Regras Constitucionais Deônticas e Normas Constitucionais

5.1 Jogos de homens e regras de conduta	424
5.2 Estruturas das regras constitucionais	426
5.3 Teoria das normas jurídicas e normas constitucionais	428
5.4 Relação jurídica constitucional	433
5.5 Cumprimento das regras deônticas	435

Subtítulo II – Teoria dos Direitos Fundamentais (Categorias)

Capítulo 6 – Fundamentação dos Direitos Fundamentais

6.1 Introdução	439
-----------------------------	------------

6.2 Uma prestigiosa teoria dos direitos fundamentais	440
6.3 Uma teoria geral dos direitos fundamentais	442
6.4 Fontes de inspiração	443
6.5 Conceito de direitos fundamentais	447
6.6 Caracteres dos direitos fundamentais	451
6.7 Classificação dos direitos fundamentais	452
6.8 Integração das categorias de direitos fundamentais	452
6.9 Direitos e garantias dos direitos	453

Capítulo 7 – Teoria dos Direitos Individuais (Vida, Igualdade, Liberdade)

7.1 Conceito de direito individual	457
7.2 Classificação dos direitos individuais	459
7.3 Direito à vida	
7.3.1 A vida como objeto do Direito	460
7.3.2 Direito à existência	461
7.3.3 Direito à integridade física	462
7.3.4 Direito à integridade moral	464
7.3.5 Vida privada	464
7.4 Liberdade e igualdade como valores da democracia	466
7.5 Direito de igualdade	
7.5.1 Introdução ao tema	467
7.5.2 Igualdade, equidade e justiça	469
7.5.3 Isonomias formal e material	472
7.5.4 O sentido da expressão “igualdade perante a lei”	474
7.5.5 Igualdade de homens e mulheres	476
7.5.6 Igualdade “sem distinção de qualquer natureza”	478
7.5.7 Discriminações e inconstitucionalidade	479
7.6 Direito de liberdade	
7.6.1 Questão de ordem	480

7.6.2 Liberdade interna e liberdade externa	480
7.6.3 Conteúdo do direito de liberdade	482
7.7 Eficácia das normas constitucionais sobre as liberdades	482
7.8 Sistemas de restrições das liberdades individuais	483

Capítulo 8 – Teoria dos Direitos Individuais (Segurança e Propriedade)

8.1 Segurança

8.1.1 Introdução	484
8.1.2 Conceito de segurança	485
8.1.3 A segurança e os valores do Direito	486
8.1.4 O princípio constitucional e a segurança do Direito	487
8.1.5 Conceito de segurança jurídica	488
8.1.6 A segurança como garantia	489
8.1.7 Segurança como proteção dos direitos subjetivos	491
8.1.8 Segurança como direito social	495
8.1.9 Segurança por meio do Direito	496
8.1.10 Segurança e garantismo	501

8.2 A propriedade

8.2.1 Fundamento constitucional	502
8.2.2 Conceito e natureza	504
8.2.3 Regime jurídico da propriedade privada	505
8.2.4 Propriedade e propriedades	507
8.2.5 Propriedades especiais	508

8.3 Função social da propriedade

8.3.1 Questão de ordem	512
8.3.2 Conceito e natureza	513
8.3.3 Função social e transformação do regime de propriedade	513
8.3.4 Limite: conteúdo essencial mínimo da propriedade	514

Capítulo 9 – Teoria dos Direitos Sociais

9.1 Estado da questão	516
9.2 Direitos sociais e direitos econômicos	517
9.3 Conceito de direitos sociais	518
9.4 Polêmica sobre a natureza dos direitos sociais	520
9.5 Fundamentação dos direitos sociais	528
9.6 Integração harmônica dos direitos	531

Capítulo 10 – Direitos Fundamentais de Solidariedade (Coletivos e Difusos)

10.1 Questão de ordem	537
10.2 Direitos coletivos e direitos difusos	538
10.3 Os novos direitos do homem	540
10.4 Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	541
10.5 Direito do consumidor	548
10.6 Direito ao desenvolvimento	549
10.7 Direito fundamental à paz	550
10.8 Direitos dos índios	551
10.8.1 Índio	551
10.8.2 Direitos dos índios	552
10.8.3 Organização social dos índios: comunidade, etnia e nação	552
10.8.4 Direitos sobre as terras indígenas	554
10.8.5 Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios	555
10.8.6 O indigenato	559

Capítulo 11 – Eficácia das Normas de Direitos Fundamentais

11.1 Introdução	559
11.2 Eficácia dos direitos individuais	
11.2.1 Consideração prévia	560
11.2.2 Premissas da crítica	561

11.2.3 A questão terminológica	563
11.2.4 A questão classificatória	564
11.2.5 A questão da existência das normas de eficácia contida	565
11.3 Progressividade e não regressividade	578
11.4 Positivização como pressuposto de sua eficácia	579
11.5 Reserva do possível e mínimo existencial	584
11.6 Obrigações estatais	592
11.7 Eficácia dos direitos fundamentais em face de terceiros	594

Capítulo 12 – Harmonia e Colisão dos Direitos Fundamentais

12.1 Harmonia dos direitos fundamentais	596
12.2 A questão das gerações dos direitos fundamentais	597
12.3 Conflitos normativos	598
12.4 Colisão entre direitos fundamentais	602
12.5 Natureza dos direitos em colisão	604
12.6 Ponderação e valores	609
12.7 Restrições	611

TÍTULO III – ONTOLOGIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Capítulo 1 – O Ser dos Princípios

1.1 Colocação do tema	617
1.2 Noção de princípio	618
1.3 O que não é princípio	620
1.4 Princípios jurídicos	623
1.5 Origem e formação dos princípios jurídicos	626
1.6 Constitucionalização de princípios jurídicos	631
1.7 Princípios e valores	632
1.8 O principialismo constitucional	634

Capítulo 2 – Os Princípios no Sistema Constitucional

2.1 O ser dos princípios constitucionais	639
2.2 Positividade dos princípios constitucionais	641
2.3 Os princípios do constitucionalismo brasileiro	643
2.4 Os princípios segundo a Constituição de 1988	648
2.5 Tipologia dos princípios constitucionais	
2.5.1 Algumas considerações terminológicas	651
2.5.2 Tipos de princípios constitucionais	653
2.5.3 Princípios constitucionais fundamentais	653
2.5.4 Princípios fundamentais e princípios gerais do direito constitucional	655
2.6 Princípios institucionais (regionais)	656
2.7 Disposições programáticas e princípios constitucionais	656
2.8 Conclusão	658

Capítulo 3 – Natureza dos Princípios Constitucionais

3.1 Revolução e princípios constitucionais	659
3.2 Uma questão de princípios e de regras	661
3.3 Princípios constitucionais ônticos	
3.3.1 O princípio da constitucionalidade	662
3.3.2 O princípio federalista	663
3.3.3 O princípio republicano	666
3.3.4 O princípio da divisão de Poderes	668
3.4 Princípios procedimentais	669
3.5 Princípios constitucionais deônticos	
3.5.1 Generalidades	674
3.5.2 O Estado Democrático de Direito	674
3.5.3 O princípio democrático	681
3.5.4 O princípio da legalidade	
3.5.4.1 Conceito	681

3.5.4.2	<i>O princípio da legalidade e o da reserva de lei</i>	682
3.5.4.3	<i>Legalidade e legitimidade</i>	685
3.5.5	<i>O princípio da liberdade e regras da liberdade</i>	
3.5.5.1	<i>A ideia de liberdade</i>	686
3.5.5.2	<i>Liberdade e necessidade</i>	688
3.5.5.3	<i>O problema da conceituação</i>	688
3.5.5.4	<i>Liberdade e liberação</i>	691
3.5.5.5	<i>Liberdade e democracia</i>	692
3.5.6	<i>O princípio da igualdade</i>	692
3.5.6.1	<i>Princípio e regras da igualdade</i>	693
3.5.6.2	<i>Ideia de igualdade</i>	693
3.5.7	<i>Liberdade e igualdade, uma vinculação intrínseca</i>	695
3.5.8	<i>Princípios dos direitos sociais</i>	699
3.5.9	<i>Princípios dos direitos de solidariedade</i>	700
3.6	<i>Conclusão</i>	701

Capítulo 4 – Fenomenologia dos Princípios Constitucionais

4.1	<i>Questão de ordem</i>	702
4.2	<i>Natureza material dos princípios</i>	702
4.3	<i>Relevância dos princípios</i>	705
4.4	<i>Função dos princípios</i>	708
4.5	<i>Eficácia dos princípios constitucionais</i>	710

TERCEIRA PARTE – GNOSIOLOGIA CONSTITUCIONAL

TÍTULO I – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COGNOSCITIVA

Capítulo 1 – Cognoscibilidade do Ser Constitucional (Hermenêutica e Interpretação Constitucionais)

1.1	<i>Questão de ordem</i>	717
1.2	<i>Hermenêutica e interpretação</i>	719

1.3 Interpretação	723
1.4 Função da interpretação	748
1.5 Objeto da interpretação	752
1.6 Sujeitos da interpretação	
1.6.1 O intérprete	756
1.6.2 Quem pode ser sujeito da interpretação	757
1.7 Natureza da interpretação	761
1.8 Superinterpretação e subinterpretação	763
1.9 Aplicação	765

Capítulo 2 – Teoria dos Textos Constitucionais

2.1 Colocação do tema	768
2.2 Noção de texto	769
2.3 Texto e interpretação	771
2.4 Texto e textualismo	772
2.5 Formato do texto constitucional	773
2.6 Sujeito do texto constitucional	774
2.7 Texto e matéria constitucional	778
2.8 Intertexto constitucional. O diálogo constitucional	781
2.9 Intertextualidade e metalinguagem constitucional	786
2.10 Texto e compreensão	786

Capítulo 3 – Teoria dos Enunciados Constitucionais

3.1 Colocação do tema	788
3.2 Tipos e noção de enunciados	788
3.3 A doutrina de Austin	791
3.4 Aplicação da doutrina aos enunciados constitucionais	798
3.5 Verbos e expressões	805
3.6 Dêixis constitucionais	809
3.7 Pressuposição jurídica e pressuposto jurídico	819

3.8 Enunciado e proposição	827
3.9 Dispositivo, disposição, preceito, prescrição e enunciado	833

Capítulo 4 – Teoria das Significações Jurídicas

4.1 Questão de ordem	837
4.2 Considerações especiais sobre a significação	840
4.3 Sentido jurídico	842
4.4 Sentido, contexto, interpretação	847
4.5 O significado das regras jurídicas	849
4.6 Elementos do discurso jurídico	851
4.7 Uma abordagem do ponto de vista do texto constitucional ...	853

TÍTULO II – TEMAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Capítulo 1 – Considerações Gerais sobre a Hermenêutica Constitucional

1.1 Interpretação constitucional	861
1.2 Hermenêutica contextual	
1.2.1 Texto e contexto	862
1.2.2 Sentido do texto constitucional: de onde vem?	863
1.2.3 Tarefa da hermenêutica constitucional	865
1.2.4 Hermenêutica das palavras	865
1.2.5 Hermenêutica do espírito	866
1.2.6 Conceito de hermenêutica contextual	866
1.3 Originalismo e intenção do constituinte	871
1.4 Jurisdição constitucional e interpretação constitucional	877
1.5 Presunção de constitucionalidade e de inconstitucionalidade	880
1.6 Interpretação conforme a constituição	882

1.7 Sentenças interpretativas	886
1.8 Regras jurídicas sobre interpretação	887

Capítulo 2 – Formação da “Norma Subconstitucional”

2.1 Conceito de “norma subconstitucional”	890
2.2 Precedente	892
2.3 Contribuição dos advogados	893
2.4 Audiências públicas	894
2.5 Balancing, ponderação e sopesamento	895
2.6 Argumentação	898
2.7 Proporcionalidade	900
2.8 O princípio da razoabilidade	905
2.9 A tópica	916

Capítulo 3 – Formas da Interpretação Constitucional

3.1 Questão de ordem	926
3.2 Enunciados e interpretação	926
3.3 Apropriação	927
3.4 Interpretação explicativa	928
3.5 Interpretação referencial	931
3.6 Interpretação compreensiva	933

Capítulo 4 – Interpretação dos Direitos Fundamentais e Jurisprudência dos Valores

4.1 Introdução	935
4.2 Interpretação e categorias dos direitos fundamentais	939
4.3 A dignidade da pessoa humana como diretiva da interpretação	940
4.4 O STF e a interpretação das normas dos direitos individuais	
4.4.1 A igualdade	942

4.4.1.1 Igualdade e orientação sexual	943
4.4.1.2 Igualdade e ação afirmativa	945
4.4.2 Livre manifestação do pensamento	950
4.4.3 Liberdade de informação jornalística	951
4.4.4 Liberdade de expressão	957
4.4.5 Liberdade de ação profissional	959
4.4.6 Direito de defesa	961
4.4.7 Algemas	963
4.4.8 Anonimato	964
4.4.9 Direito de propriedade	965
4.5 Interpretação de normas de direitos sociais	967
4.5.1 O STF e o direito à educação	968
4.5.2 O STF e o direito à saúde	969
4.5.3 O STF e o direito de família	973
4.5.4 Direito de greve	981
4.6 O STF e a interpretação dos direitos solidários	982
4.6.1 Direito ao meio ambiente	982
4.6.2 Direito dos índios	984
4.7 O STF e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas	988
4.8 Restrições de direito	989
4.9 Jurisprudência dos valores	992
4.9.1 Jurisprudência dos valores e constitucionalização de direitos	994
4.9.2 Fundamento constitucional para a constitucionalização de novos direitos	998
4.10 Conclusão	1000
 <i>Síntese Conclusiva – Constituição e Cultura</i>	 1001
Bibliografia	1009